

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Observations sous Cass. (1ère ch.), 7 mars

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*  
J.D.S.C.

*Publication date:*  
1999

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 1999, 'Observations sous Cass. (1ère ch.), 7 mars', *J.D.S.C.*, p. 203-204.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## DELVAUX, M., [Responsabilité des fondateurs: hypothèse du capital insuffisant]

DELVAUX, M., [Responsabilité des fondateurs: hypothèse du capital insuffisant] J.D.S.C. 1999, 203-204.

### Sommaire

Non disponible

Mots-clés:

Garantie et responsabilités lors de la constitution de SA    Responsabilité des fondateurs et des gérants de la SRL  
Faillite (compétence du tribunal de l'entreprise)    Responsabilité des fondateurs de la SC

### Texte intégral

## Observations sous Cass. RG 5129 7/03/86 [titre judit: Responsabilité des fondateurs: hypothèse du capital insuffisant]

M. Delvaux

L'action fondée sur les article 35, 6°, 123, 7° ou 147<sup>ter</sup>, 4°, des L.C.S.C. est intimement liée à la faillite, ce qui implique, d'une part, qu'elle appartient au curateur<sup>(1)</sup>, et, d'autre part, qu'elle relève de la compétence de la juridiction consulaire, avec application corrélatrice des règles de procédure du droit de la faillite<sup>(2)</sup>.

Une fois la faillite clôturée, les créanciers individuels se voient-ils reconnaître le droit d'agir eux-mêmes sur base de ces dispositions? La question reste très controversée dans la doctrine comme dans la jurisprudence.

Les partisans de la réponse négative, s'appuyant essentiellement sur l'arrêt de cassation précité, se fondent sur ce lien tellement étroit entre ce type d'action et la faillite pour exclure que l'action puisse être intentée une fois celle-ci clôturée<sup>(3)</sup>.

Les tenants d'une réponse affirmative sont nombreux<sup>(4)</sup>. Le tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi considéré dans un jugement du 14 février 1983<sup>(5)</sup> que si l'action en comblement de passif (art. 63<sup>ter</sup>, 133<sup>bis</sup>, et 158, 9°, L.C.S.C.) ne peut être introduite que par le curateur et s'éteint à la clôture de la faillite, il n'en va pas de même pour l'action contre les fondateurs pour capital de fondation manifestement insuffisant; dans ce dernier cas, à la clôture de la faillite, les créanciers reprennent l'exercice de leurs droits et peuvent intenter individuellement ce type d'action<sup>(6)</sup>. Dans le même sens, même s'il apparaît moins péremptoire, on lira l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 11 mars 1997<sup>(7)</sup>: si, en principe, un créancier n'a pas le droit d'agir contre les fondateurs d'une société anonyme faillie pour capital de départ insuffisant, pareille action n'appartenant qu'au curateur, «il reste qu'une fois la faillite clôturée (...), le curateur cesse de représenter la masse des créanciers et qu'un créancier individuel serait recevable à engager la procédure». Remarquez l'usage opportun du conditionnel, qui permet de louvoyer sans prendre clairement position (...)

On préférera cette thèse affirmative: davantage protectrice des droits des créanciers individuels sans méconnaître ou pervertir les termes des articles 35, 6°, 123, 7°, ou 147<sup>ter</sup>, 4°, des L.C.S.C., on ne découvre aucun argument contraire qui résisterait à l'analyse. S'il est vrai que ce type d'action est intimement lié à la faillite, cela n'empêche sa mise en oeuvre par les intéressés (voir les articles précités: les fondateurs sont tenus *envers les intéressés*) une fois qu'il y a eu faillite et que celle-ci est clôturée; la déclaration de faillite est donc une condition d'ouverture de ce droit d'action, les articles précités n'imposant pas que l'action soit introduite *en cours* de gestion de la faillite.

Quelle que soit la thèse préférée, on n'oubliera pas que les créanciers individuels se voient toujours reconnaître le droit d'agir sur pied de l'article 1382 du Code civil une fois la faillite clôturée: les fondateurs ont en effet commis une imprudence fautive en ne prévoyant pas un capital social suffisant pour mener à bien les activités de la société qu'ils

ont créée. La difficulté de prouver le lien de causalité entre cette faute et le dommage resurgit toutefois. Une autre question proche de cette problématique est celle du pouvoir individuel des créanciers d'agir contre les fondateurs.<sup>(8)</sup> en cas d'inertie du curateur. Ce droit est dénié par la majorité de la jurisprudence, déclarant irrecevable ce type d'action individuelle au motif que seul le curateur a qualité pour introduire une procédure avant la clôture de la faillite.<sup>(9)</sup> Il serait toutefois opportun de reconnaître au créancier individuel le droit de réclamer la réparation du préjudice qu'il subit à la suite de la carence du curateur de la société faillie et ce sur pied des articles 1382- 1383 du Code civil. La faute serait cependant délicate à établir dans la mesure où il conviendrait alors d'apprécier les chances de succès que présentait l'action en justice que le curateur a été en défaut d'introduire.<sup>(10)</sup> Quant au préjudice, il s'identifierait à la perte de ce que le créancier aurait pu percevoir (au prorata de sa créance si l'action avait abouti. P. Coppens et F. t'Kint envisagent une alternative originale, même si irréaliste comme ils le reconnaissent eux-mêmes, qui serait de reconnaître une forme d'«action populaire» à chaque créancier individuel, l'autorisant à agir au nom et dans l'intérêt de la masse chaque fois que le curateur reste en défaut de le faire.<sup>(11)</sup> On lira avec intérêt les arguments qu'ils avancent pour la rejeter.

- 
- (1) Voir Bruxelles, 16 mars 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 448; Gand, 5 oct. 1994, *R.D.C.*, 1996, p. 210 et *T.R.V.*, 1995, p. 197 et note M. Wyckaert; M. Wyckaert, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1996, n° 259. Ceci se justifie notamment par le fait que le tribunal, qui doit apprécier l'ampleur de la responsabilité des fondateurs, ne peut statuer adéquatement sur cette question que lorsqu'il a connaissance de l'ensemble des créances, ce qui est possible uniquement par le biais de l'intervention du curateur agissant comme représentant de la masse des créanciers. Sur l'exclusivité de la compétence du curateur pour introduire pareille demande, voir *infra*.
- (2) O. Ralet, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 52 et les références citées en note 84.
- (3) Voir en ce sens: M. Coipel, «Les sociétés privées à responsabilité limitée», *Rép.not.*, t. XII, liv. IV, p. 153, n° 97-1; K. Geens et H. Laga, «Vennootschappen – Overzicht van rechtspraak (1986-1991)», *T.P.R.*, 1993, p. 1022, n° 101; O. Ralet, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 52 et la référence citée: Liège, 22 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1484; J. Ronse et *alii*, «Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen, *T.P.R.*, 1986, p. 983.
- (4) Notamment P. Coppens et F. t'Kint, «Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1984-1990)» *R.C.J.B.* 1991; pp. 350-351, qui ne distinguent pas entre l'action qui pourrait être introduite contre un fondateur un administrateur, ou tout autre tiers auteur d'un préjudice («La procédure collective clôturée, il est logique que renaissent les droits individuels; en fin de compte, la faillite n'est qu'une parenthèse dans la vie du débiteur (...): le préjudice collectif n'est rien d'autre que la somme des préjudices subis par chacun des créanciers. La paralysie cesse en même temps que la faillite et chacun recouvre son droit d'agir»); Cl. Parmentier, «La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, p. 768, n° 37; B. Van Bruystegem, «Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal», *J.C.B.*, 1982, p. 145, n° 14; P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, p. 646.
- (5) *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 326; *R.D.C.*, 1983, p. 602.
- (6) Extraits: Attendu que (...) «l'action a été introduite postérieurement à la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif, c'est-à-dire à un moment où le curateur avait cessé de représenter la masse puisque celle-ci avait disparu (cf. Van Ryn et Heenen, *Principes de droit commercial*, t.IV, n° 2873); attendu que, par suite de la clôture de la faillite, les créanciers ont été rétablis dans l'exercice de leurs actions individuelles tant contre l'ex-failli que contre les tiers; (...) attendu qu'il résulte du libellé même de l'article 35 que, dans les six cas qu'il précise, les fondateurs sont tenus solidairement «envers les intéressés»; (...) que si le deuxième alinéa de l'article 29ter paraît effectivement viser le cas le plus courant où l'action, fondée sur l'article 35, 6°, est introduite alors que la faillite est en cours, il est hâtif d'en déduire que ladite action serait nécessairement réservée au seul curateur et qu'elle ne pourrait plus être introduite, par un créancier, après la faillite».
- (7) *R.R.D.*, 1997, p. 443.
- (8) Et les administrateurs, un raisonnement semblable pouvant être tenu. Quant aux fondateurs, cette

question présente un intérêt accru depuis l'adoption de la loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription (*M.B.*, 17 juill. 1998, p. 23 544); cette loi ramène en effet le délai de prescription de l'action en responsabilité des fondateurs, initialement trentenaire, à cinq ans. Cette question est examinée ci-après, lors du commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1994 (n° 85).

- (9) Voir notamment Bruxelles, 13 janv. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 24; *R.D.C.*, 1990, p. 20; *T.R.V.*, 1990, p. 547; Bruxelles, 16 mars 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 448; Anvers, 13 févr. 1989, *Pas.*, 1989, II, p. 205; *R.D.C.*, 1990, p. 435; Gand 7 nov. 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 545 et 26 sept. 1989, *T.G.R.*, 1990, p. 24. Une jurisprudence et une doctrine minoritaires soutiennent toutefois la thèse opposée: voir les références citées par P. Coppens et F. t'Kint. «Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 349.
- (10) Il est tout à fait possible que le curateur ait estimé qu'une action était inopportune, et ce à divers motifs, ce qui a justifié son inaction. Ceci pose le problème du pouvoir d'appréciation du curateur quant aux voies à utiliser pour exercer sa mission de reconstitution d'un actif et de désintéressement des créanciers, de sa marge de manoeuvre et de l'évaluation de la conformité de son comportement par référence au curateur normalement diligent et avisé. Etrangère à notre problématique concrète, cette problématique ne sera pas approfondie ici.
- (11) P. Coppens et F. t'Kint, «Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, pp. 349-350. Ces auteurs ajoutent que la situation du créancier individuel peut être rapprochée de celle de l'actionnaire, qui ne peut introduire l'action *mandati* à titre individuel à moins de présenter les conditions strictes imposées par l'article 66bis, § 2, alinéa 2, des L.C.S.C. relativement à la quotité d'actions détenues.
- .....